

Titel:

Keine Ausnahme von der coronaschutzbedingten Testpflicht an Schulen bei positivem Antikörpertest

Normenketten:

13. BayIfSMV § 4 Nr. 3, § 20 Abs. 2 S. 1

SchAusnahmV § 2 Nr. 5

Leitsätze:

Der Nachweis von Antikörpern gegen SARS-CoV-2 in Humanserum oder -plasma mittels eines entsprechenden Antikörpertests (hier: Roche Elecsys® Anti-SARS-CoV-2 S) genügt nicht den Anforderungen an einen Genesenennachweis nach § 4 Nr. 3 13. BayIfSMV. (Rn. 12)

Ein serologischer Test fällt nicht unter § 2 Nr. 5 SchAusnahmV, weil es sich hierbei nicht um eine Testung durch Labordiagnostik mittels Nukleinsäurenachweis handelt. (Rn. 12) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Corona-Pandemie, Teilnahme am Präsenzunterricht, Genesenennachweis, Antikörpertest

Vorinstanz:

VG Regensburg, Beschluss vom 25.06.2021 – RN 5 E 21.1123

Tenor

- I. Die Beschwerde wird zurückgewiesen.
- II. Der Antragsteller trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.
- III. Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf 5.000 Euro festgesetzt.

Gründe

1

Die zulässige Beschwerde ist nicht begründet.

2

Der Antragsteller, der eine Grundschule in Bayern besucht, verfolgt sein in erster Instanz erfolgloses Begehren weiter, im Wege einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO dem Antragsgegner aufzugeben, dem Antragsteller die sofortige Teilnahme am Präsenzunterricht zu gestatten, da er bereits mit dem SARS-CoV-2-Virus infiziert gewesen sei und einen Antikörpernachweis vorlegen könne.

3

Die Beteiligten streiten darüber, ob das ärztliche Attest des Allgemeinarztes Dr. B. vom 4. Juni 2021 (VG-Akte S. 9) und/oder der Laborbefund des ... Labor P. GbR vom 2. Juni 2021 (VG-Akte S. 8), der den Nachweis von SARS-CoV-2- Antikörpern gegen das Spike-Protein mittels Antikörpertests (hier: Roche Elecsys® Anti-SARS-CoV-2 S) bestätigt, den Anforderungen an einen Genesenennachweis nach § 4 Nr. 3 13. BayIfSMV entsprechen, und damit den Antragsteller von der Notwendigkeit der Vorlage eines Testnachweises nach § 20 Abs. 2 Satz 1 13. BayIfSMV befreit.

4

Das am 21. Juli 2021 beim Bayerischen Verwaltungsgerichtshof eingegangene Beschwerdevorbringen, auf das sich die Prüfung des Senats beschränkt (§ 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO), rechtfertigt keine Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung. Die Ablehnung des Eilantrags erweist sich im Ergebnis (vgl. BayVGH, B.v. 21.5.2003 - 1 CS 03.60 - juris Rn. 16; Happ in Eyermann, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 146 Rn. 29 ff.) als richtig. Zur Begründung wird auf den angefochtenen Beschluss des Verwaltungsgerichts Bezug genommen. Ergänzend wird Folgendes ausgeführt:

5

Der Antragsteller hat nach summarischer Prüfung keinen Anspruch auf Teilnahme am Präsenzunterricht glaubhaft gemacht. Nach § 20 Abs. 2 Satz 1 13. BayIfSMV ist die Teilnahme am Präsenzunterricht und an Präsenzphasen des Wechselunterrichts sowie an der Mittags- und Notbetreuung Schülerinnen und Schülern nur erlaubt, wenn sie zwei Mal wöchentlich einen Testnachweis nach § 4 Nr. 1 Buchst. a erbringen oder in der Schule unter Aufsicht einen über die Schule zur Verfügung gestellten und dort zu verwendenden Selbsttest mit negativem Ergebnis vorgenommen haben, wobei die dem Testnachweis zugrundeliegende Testung oder der in der Schule vorgenommene Selbsttest höchstens 48 Stunden vor dem Beginn des jeweiligen Schultags vorgenommen worden sein dürfen. Zwischen den Beteiligten steht außer Streit, dass der Antragsteller einen entsprechenden Testnachweis nicht vorgelegt hat und dementsprechend die Voraussetzungen des § 20 Abs. 2 Satz 1 13. BayIfSMV nicht erfüllt.

6

Der Antragsteller ist auch nicht nach § 4 Nr. 3 13. BayIfSMV von der Notwendigkeit der Vorlage eines Testnachweises ausgenommen. Denn weder das ärztliche Attest des Allgemeinarztes Dr. B. vom 4. Juni 2021 noch der Laborbefund des ... Labor P. GbR vom 2. Juni 2021 entsprechen den Anforderungen an einen Genesenennachweis nach § 4 Nr. 3 13. BayIfSMV.

7

1. Der Einwand des Antragstellers, die Anforderungen an den Genesenennachweis blieben rechtlich unbestimmt, trifft nicht zu. Für die Anforderungen an einen Genesenennachweis nach § 4 Nr. 3 13. BayIfSMV gilt § 2 Nr. 5 der am 9. Mai 2021 in Kraft getretenen Verordnung zur Regelung von Erleichterungen und Ausnahmen von Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 (COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung - SchAusnahmV - BAnz AT 8. Mai 2021 V1). In § 1 Nr. 1 der Verordnung zur Änderung der Zwölften Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung vom 14. Mai 2021 (BayMBI. 2021 Nr. 337) stellte der Ordnungsgeber klar, dass die Bestimmungen der SchAusnahmV hinsichtlich Erleichterungen und Ausnahmen für geimpfte und genesene Personen entsprechend auch für das in der 12. BayIfSMV geregelte Erfordernis eines negativen Testergebnisses in Bezug auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 gelten. Für die Definition von geimpften und genesenen Personen wurde in der Begründung der Verordnung zur Änderung der Zwölften Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung vom 14. Mai 2021 (BayMBI. 2021 Nr. 338) ausdrücklich auf die Begriffsbestimmungen des § 2 der SchAusnahmV verwiesen. Daran hat auch die Überführung des § 1a 12. BayIfSMV in § 4 13. BayIfSMV nichts geändert. Vielmehr nimmt § 4 Nr. 1 Halbsatz 2 13. BayIfSMV ausdrücklich auf die Bestimmungen der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmeverordnung Bezug.

8

§ 2 Nr. 5 SchAusnahmV definiert den Genesenennachweis als einen Nachweis hinsichtlich des Vorliegens einer vorherigen Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 in deutscher, englischer, französischer, italienischer oder spanischer Sprache in verkörperter oder digitaler Form, wenn die zugrundeliegende Testung durch eine Labordiagnostik mittels Nukleinsäurenachweis (PCR, PoC-PCR oder weitere Methoden der Nukleinsäureamplifikationstechnik) erfolgt ist und mindestens 28 Tage sowie maximal sechs Monate zurückliegt.

9

Dazu heißt es in der Begründung zur SchAusnahmV (BR-Drs. 347/21, S. 13):

10

„Bei genesenen Personen kann nach dem derzeitigen Stand der wissenschaftlichen Erkenntnis und den Einschätzungen des RKI nur von einer Immunisierung von maximal sechs Monaten ausgegangen werden. Als Genesenausweis ist ein positiver PCR-Test mit entsprechendem Datum anzusehen. Die Durchführung eines Antikörpertests reicht nicht aus, um als genesene Person zu gelten. In der Zulassungsstudie des Covid19-Impfstoffes des Herstellers Johnson & Johnson wurde vor der Impfung überprüft, ob die Teilnehmenden Antikörper gegen SARS-CoV-2 haben oder nicht. In der Kontrollgruppe traten bei den 19 544 seronegativen Probanden und Probandinnen 509 COVID-19-Fälle auf, bei den 2 030 seropositiven Probanden und Probandinnen nur vier (vgl. FDA-Bericht: <https://www.fda.gov/media/146217/download>). In der seropositiven Gruppe wurden 1,3 Infektionen mit mindestens moderatem Krankheitsverlauf pro 100 Personenjahre beobachtet, während dies 16,5 Infektionen in der seronegativen Gruppe waren.“

11

2. Gemessen daran hat der Antragsteller den Nachweis hinsichtlich des Vorliegens einer vorherigen Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 mittels Testung durch eine Labordiagnostik mittels Nukleinsäurenachweis (PCR, PoC-PCR oder weitere Methoden der Nukleinsäureamplifikationstechnik), der mindestens 28 Tage sowie maximal sechs Monate zurückliegt, nicht erbracht.

12

a. Der vorgelegte Laborbefund des ... Labor P. GbR vom 2. Juni 2021, der den Nachweis von SARS-CoV-2-Antikörpern gegen das Spike-Protein mittels Antikörpertests (hier: Roche Elecsys® Anti-SARS-CoV-2 S) bestätigt, genügt nicht den oben genannten Anforderungen an einen Genesenennachweis nach § 4 Nr. 3 13. BaylFSMV i.V.m. § 2 Nr. 5 SchAusnahmV, weil keine Testung durch Labordiagnostik mittels Nukleinsäurenachweis durchgeführt wurde. Stattdessen handelt es sich bei dem durchgeführten Test des Herstellers Roche um einen Test zum Nachweis von Antikörpern in Humanserum oder -plasma, mithin um einen serologischen Test (vgl. <https://www.roche.de/diagnostik-produkte/produktkatalog/tests-parameter/elecsys-anti-sars-cov-2/>).

13

Der Verordnungsgeber sieht einen Antikörpertest ohne klar ersichtliches Überschreiten seiner Einschätzungsprärogative nicht als geeignet an, das Vorliegen einer vorherigen Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 nachzuweisen. Nach Auffassung der Bundesregierung (vgl. Antwort vom 25.6.2021 auf die schriftliche Frage 86, BT-Drs. 19/31171 S. 75) gewährleiste (nur) die Bestätigung der Infektion durch Labordiagnostik mittels Nukleinsäurenachweis (PCR, PoC-PCR oder weitere Methoden der Nukleinsäureamplifikationstechnik), dass der oder die Betroffene tatsächlich mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 infiziert gewesen ist und einen Immunschutz aufgebaut hat. Ein epidemiologischer Zusammenhang, ein positiver Antigentest oder ein positiver Antikörpertest reichten für einen Genesenennachweis nicht aus. Eine Person könne die COVID-19-Erkrankung durchgemacht haben und dennoch keine messbaren Antikörper entwickeln. Umgekehrt könne ein Antikörpertest nach Kontakt mit einem anderen Coronavirus als dem Coronavirus SARS-CoV-2 positiv ausfallen, obwohl keine Infektion mit SARS-CoV-2 vorgelegen habe oder vorliege. Zudem sei bisher nicht bekannt, wie hoch die Antikörperkonzentration sein müsse, um nach einer Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 von einem sicheren Schutz ausgehen zu können (vgl. auch Antwort der Bundesregierung auf die Schriftliche Frage 150, BT-Drs. 19/30613). Daher sei nach derzeitigem Kenntnisstand ein Antikörpernachweis für die Anerkennung eines Immunschutzes ungeeignet. Bei diesen Unsicherheiten sei es geboten, auch diejenigen zu schützen, die möglicherweise trotz positivem Antikörper-Test keinen Schutz vor COVID-19 aufgebaut hätten.

14

Auch Dr. B. räumt in seiner ärztlichen Stellungnahme vom 8. Juli 2021 ein, dass nach derzeitigem Kenntnisstand ein serologischer Nachweis SARS-CoV-2-spezifischer Antikörper keine eindeutige Aussage zum Immunstatus zulasse. Entsprechend gibt er in seiner Stellungnahme an, dass „wir“ noch nicht wüssten, ob das alleinige Vorhandensein von Antikörpern einen Immunschutz darstelle und wie lange dieser andauern werde. Auch in dem vorgelegten Laborbefund vom 2. Juni 2021 wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass nach aktueller Studienlage noch „keine Aussage zur Immunität“ getroffen werden könnte.

15

b. Schließlich hat das Verwaltungsgericht (BA S. 10) zutreffend festgestellt, dass das ärztliche Attest des Allgemeinarztes Dr. B. vom 4. Juni 2021 nicht die Voraussetzungen des § 2 Nr. 5 SchAusnahmV erfüllt. Denn die Annahme des Arztes, dass der Antragsteller an Corona erkrankt gewesen sei, beruhte ebenfalls auf der für § 4 Nr. 3 13. BaylFSMV unzureichenden Feststellung, dass „laborchemisch Sars-Covid-2 Antikörper nachgewiesen“ wurden.

16

3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO. Die Streitwertfestsetzung ergibt sich aus § 47 Abs. 1, 2 i.V.m. § 53 Abs. 2 Nr. 1 GKG. Da das Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz die Hauptsacheentscheidung vorwegnimmt, ist eine Reduzierung des Streitwerts nicht angezeigt (vgl. Nr. 1.5 Satz 2 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013).

17

4. Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO).